BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 138/07

Verkündet am:
19. November 2008
Vorusso
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: nein

BGB § 315; EnWG 1998 § 10; AVBGasV § 4;
GG Art. 12 Abs. 1; GVG § 172 Nr. 2, § 173 Abs. 2, § 174 Abs. 3

a) Allgemeine Tarife eines Gasversorgers im Sinne von § 10 EnWG 1998, § 4 AVBGasV unterliegen, soweit sie Gegenstand einer vertraglichen Einigung zwischen dem Versorger und dem Kunden geworden sind, nicht einer umfassenden gerichtlichen Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung von § 315 BGB. Die Analogie würde der Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderlaufen, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Gas abzusehen.

b) Einseitige Tariferhöhungen nach § 4 Abs. 1 AVBGasV während des laufenden Vertragsverhältnisses sind gemäß § 315 BGB von dem Versorger nach billigem Ermessen vorzunehmen und gerichtlich zu überprüfen (Bestätigung von BGHZ 172, 315). Soweit sich der Gasversorger für die Billigkeit auf eine Bezugskostensteigerung beruft, muss er für einen hinreichend substantiierten Vortrag und ein geeignetes Beweisangebot nicht notwendig die absolute Höhe seiner Bezugspreise angeben und die Bezugsverträge mit seinen Lieferanten vorlegen.

c) Für die Billigkeit einer auf eine Bezugskostensteigerung gestützten Tariferhöhung kommt es nicht darauf an, ob der Versorger die Steigerung der Gasbezugskosten durch zurückgehende Kosten in anderen Unternehmensbereichen außerhalb der Gassparte hätte auffangen können.

d) Im Rahmen der gerichtlichen Billigkeitskontrolle einer einseitigen Tariferhöhung nach § 315 BGB ist ein nach Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Interesse des Gasversorgers an der Geheimhaltung konkreter Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes abzuwägen und - unter Inanspruchnahme der prozessualen Möglichkeiten der §§ 172 ff. GVG - so weit wie möglich auszugleichen; ein verfassungsrechtlich geschütztes Geheimhaltungsinteresse kann nicht von vornherein mit der Begründung verneint werden, der Gasversorger müsse für die durch § 315 BGB angeordnete gerichtliche Überprüfung alle erforderlichen Unterlagen und Kalkulationen uneingeschränkt offen legen.

BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07 - LG Duisburg
AG Dinslaken

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2008 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterinnen Hermanns und Dr. Milger sowie den Richter Dr. Achilles

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg vom 10. Mai 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger wird von der Beklagten aufgrund eines im Jahr 1983 geschlossenen Gasvollversorgungsvertrages als Tarifkunde mit Gas beliefert. Die Beklagte bezieht ihrerseits Gas von der R. AG aufgrund eines Vertrages vom 17. Februar / 14. Mai 2003.

2 Im Jahr 2004 berechnete die Beklagte als Arbeitspreis für ihre Gaslieferungen nach dem Vollversorgungstarif 3,05 Cent/kWh. Zum 1. Januar 2005 erhöhte sie den Arbeitspreis auf 3,56 Cent/kWh, zum 1. Oktober 2005 auf

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4,01 Cent/kWh und zum 1. Januar 2006 auf 4,35 Cent/kWh. Seit dem 1. April 2006 verlangt sie einen Arbeitspreis von 4,25 Cent/kWh.

3 Der Kläger beanstandete die Preiserhöhung zum 1. Januar 2005 und forderte den Nachweis ihrer Billigkeit. Er leistet einstweilen weiterhin Abschlagszahlungen auf der Basis der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Preise zuzüglich eines Aufschlags von zwei Prozent. Gegenüber den von der Beklagten verlangten Preisen ist der Kläger mit der Zahlung von 304,84 € aus der Jahresabrechnung 2005 und mit jeweils 145 € auf im Februar und im April 2006 fällige Abschlagszahlungen, insgesamt 594,84 € in Rückstand.

4 Mit seiner im August 2005 erhobenen Klage hat der Kläger zunächst beantragt festzustellen, dass er zur Zahlung der von der Beklagten verlangten Gaspreise nicht verpflichtet sei, solange nicht die Billigkeit der Gaspreise festgestellt sei. Nachdem die Beklagte Widerklage auf Zahlung des ausstehenden Betrages von 594,84 € nebst Zinsen erhoben hat, hat der Kläger die Klage für erledigt erklärt.

5 Er verweigert den vollständigen Ausgleich der Jahresabrechnung für 2005 und der Abschlagsforderungen für 2006 mit der Begründung, die geforderten Gaspreise seien unbillig. Die Beklagte hat behauptet, die Erhöhung des Arbeitspreises zum 1. Januar 2005 beruhe darauf, dass ihre Bezugskosten vom 1. Januar 2004 bis zum 1. Januar 2005 um 0,572 Cent/kWh gestiegen seien.

6 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung des Klägers, mit der dieser nur seine Verurteilung aufgrund der Widerklage angegriffen hat, hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Widerklage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Die Widerklage sei unbegründet, weil der von der Beklagten verlangte Gaspreis der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB unterliege und die Beklagte ihrer diesbezüglichen Darlegungslast nicht nachgekommen sei.

8 Die Tarife der Beklagten als eines Unternehmens, das Leistungen der Daseinsvorsorge anbiete, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil angewiesen sei, seien der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 1, 3 BGB unterworfen, weil die Beklagte für die Lieferung von leitungsgebundenem Erdgas zumindest während des Zeitraums, den die Widerklage umfasse, gegenüber dem Kläger eine Monopolstellung innegehabt habe. Dem könne die Beklagte nicht entgegen halten, es gebe einen Substitutionswettbewerb auf dem Wärmemarkt. Dieser richte sich nur auf die Gewinnung von Neukunden, während der Kläger als Bestandskunde keine andere Möglichkeit habe, als seine Heizungsanlage mit Erdgas zu befeuern. Die Billigkeitskontrolle sei im Übrigen schon deshalb eröffnet, weil die Beklagte gemäß § 4 AVBGasV die Gaspreise einseitig festsetzen und auch verändern könne. § 4 AVBGasV räume dem Gasversorger ein gesetzliches Bestimmungsrecht ein, das zu einer Billigkeitskontrolle seiner Preise auch ohne Monopolstellung führe.

9 Eine Billigkeitskontrolle der Preisbestimmung der Beklagten könne nicht erfolgen, weil diese ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen sei. Die Beklagte hätte im Einzelnen und konkret vortragen müssen, welche allgemeinen und besonderen Kosten, die ihr durch die Belieferung des Klägers entstanden seien, abzudecken seien. Ferner hätte sie vortragen müssen, welchen Gewinn sie zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Verzinsung

des aufgenommenen Kapitals mit dem dem Kläger berechneten Preis habe erzielen wollen.

10 Die Darlegungen der Beklagten seien schon deshalb unzureichend, weil sie sich lediglich auf die zum 1. Januar 2005 erfolgte Erhöhung des Arbeitspreises um 0,51 Cent/kWh und nicht auf den Gesamtarbeitspreis von 3,56 Cent/kWh bezögen. Zwar habe sich der Kläger nur gegen die Preiserhöhung gewandt und dürfte in dem Umstand, dass er Abschlagszahlungen auf der Basis der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Preise zuzüglich eines zweiprozentigen Aufschlags gezahlt habe, ein Anerkenntnis der alten Arbeitspreise zu sehen sein. Dies führe aber nicht dazu, dass der alte Arbeitspreis als Sockelbetrag der Billigkeitskontrolle entzogen sei und nur die Preiserhöhung überprüft werden könne. Bei der Berechnung, um welchen Betrag der Preis erhöht werde, müsse die Beklagte auch berücksichtigen, welchen Betrag sie aus welchen Gründen bislang für ihre Leistung beansprucht habe.

11 Aber selbst wenn sich die Beklagte lediglich auf die Erhöhung ihrer Bezugskosten hätte berufen können und nur die diesbezügliche Kalkulation hätte darlegen müssen, wäre der Vortrag der Beklagten nicht hinreichend, weil der Kläger die gestiegenen Bezugspreise bestritten habe. Die Beklagte hätte konkret und unter Vorlage der entsprechenden Bezugsverträge vortragen müssen, dass, wie und warum ihre Bezugspreise gestiegen seien. Sie hätte weiter darlegen müssen, was sie ihrerseits unternommen habe, um günstigere Preise bei Lieferanten zu erreichen. Ihre Behauptung, sie habe sich der Ölpreisbindung nicht entziehen können, sei zumindest unsubstantiiert. Jedenfalls sei eine Billigkeitskontrolle ohne Vorlage der zugrunde liegenden Verträge nicht möglich, da auch nicht ansatzweise überprüft werden könne, ob die Beklagte ihren Bezugsvertrag korrekt anwende. Der auf zwei private Gutachten gestützte und durch Zeugen und Sachverständigengutachten unter Beweis gestellte Vortrag der Be-

klagten zur Bezugskostensteigerung genüge nicht, solange sie nicht darlege, wie viel sie ihrerseits für das Erdgas bezahle und wie sie ihren Preis kalkuliere. Denn das Argument, es könne einem Unternehmen nicht verwehrt sein, gestiegene Bezugskosten auf seine Kunden abzuwälzen, verfange nicht, wenn bereits die Preise vor der Erhöhung unbillig gewesen seien. In diesem Fall müsse die Beklagte auf die Weitergabe der erhöhten Bezugskosten verzichten. Der Umstand, dass die Beklagte im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen im Erdgasbereich (unter-)durchschnittliche Preise fordere, sei unerheblich, denn es sei denkbar, dass sämtliche Preise aller Versorgungsunternehmen unbillig seien.

12 Weder der Kläger noch das Gericht müssten sich mit geringeren Angaben zufrieden geben, weil durch die Vorlage von Verträgen bzw. die Offenlegung der Kalkulation vom Schutz des Art. 12 GG erfasste Geschäftsgeheimnisse der Beklagten offenbart würden. Denn wenn § 315 BGB eine gerichtliche Billigkeitskontrolle vorsehe, müsse das Gericht selbst eine solche Kontrolle durchführen und seien ihm alle erforderlichen Unterlagen und Kalkulationen zugänglich zu machen. Eine Benachteiligung der Beklagten wäre damit nicht verbunden, weil eine derartige Offenlegungspflicht alle Versorgungsunternehmen treffe. Der Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes - eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas - sei so am besten zu erreichen. Die Offenlegung der Kalkulation sei für die Beklagte auch nicht unzumutbar. Vielmehr habe sie nach der Vertragsgestaltung der Parteien die Möglichkeit, einseitig den von ihr verlangten Preis festzusetzen und zu verändern. Diese Möglichkeit finde ihre zivilrechtliche Grenze in der Befugnis des Klägers, gemäß § 315 BGB die Billigkeit der Preisgestaltung untersuchen zu lassen.

II.

13 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Beklagten gegenüber dem Kläger auf Zahlung eines restlichen Betrags von 304,84 € aus der Jahresabrechnung 2005 und von jeweils 145 € auf zwei Abschlagszahlungen für Gaslieferungen im Jahr 2006 nicht verneint werden.

14 1. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Arbeitspreise der Beklagten, die der Jahresrechnung 2005 (vgl. § 24 AVBGasV) und der Berechnung der ersten beiden Abschlagszahlungen für 2006 (vgl. § 25 AVBGasV) zugrunde liegen, insgesamt der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 1 und 3 BGB unterliegen. Dabei kann offen bleiben, ob sich - wie das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten angenommen hat - der Kläger nur gegen die Preiserhöhung zum 1. Januar 2005 (und im weiteren Verlauf des Rechtsstreits auch gegen diejenigen zum 1. Oktober 2005 und zum 1. Januar 2006, soweit letztere in die Berechnung der Abschlagsbeträge für 2006 eingeflossen sein sollte) gewandt hat oder ob er - wie die Revisionserwiderung geltend macht - mit seiner Klage und ebenso gegenüber der Widerklage die von der Beklagten ab dem 1. Januar 2005 geforderten Preise insgesamt als unbillig beanstandet hat.

15 a) Für den erstgenannten Fall hat der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils bereits entschieden, dass Streitgegenstand allein die Preiserhöhung ist (BGHZ 172, 315, Tz. 12). Eine Preiserhöhung kann zwar auch deshalb der Billigkeit widersprechen, weil die bereits zuvor geltenden Tarife des Gasversorgers unbillig überhöht waren und das Gasversorgungsunternehmen dies im Rahmen einer von ihm nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung

über eine Weitergabe gestiegener Bezugskosten hätte berücksichtigen müssen. Das gilt jedoch nicht, wenn die Preise bis zu der streitgegenständlichen Preiserhöhung von dem Versorger nicht einseitig festgesetzt, sondern zwischen den Parteien vereinbart worden sind (aaO, Tz. 28 f.). Vertraglich vereinbarte Preise für die Lieferung von Gas unterliegen einer Billigkeitskontrolle weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung von § 315 BGB. Um solche handelt es sich im Verhältnis zwischen den Parteien bei den bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Tarifen.

16 aa) Eine unmittelbare Anwendung von § 315 Abs. 1 und 3 BGB setzt voraus, dass die Parteien vereinbart haben, eine von ihnen solle nach Abschluss des Vertrages die Leistung bestimmen. Daran fehlt es, wenn zwischen den Parteien eine vertragliche Einigung über den Preis zustande gekommen ist. Vertraglich vereinbart haben die Parteien hier zunächst den bei Abschluss des Gasvollversorgungsvertrages 1983 von der Beklagten geforderten Preis, auch wenn es sich bei diesem Preis um den allgemeinen Tarif der Beklagten für die leitungsgebundene Versorgung mit Gas handelte (BGHZ 171, 374, Tz. 13; 172, 315, Tz. 32). Soweit die Beklagte in der Folgezeit auf der Grundlage von § 4 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV vom 21. Juni 1979, BGBl. I S. 676), die auf den Streitfall noch Anwendung findet, einseitig Preiserhöhungen vorgenommen hat, hat der Kläger bis zum Ende des Jahres 2004 die auf diesen (erhöhten) Tarifen basierenden Jahresrechnungen unbeanstandet hingenommen. Indem er weiterhin Gas bezogen hat, ohne in angemessener Zeit eine Überprüfung der Billigkeit etwaiger Preiserhöhungen nach § 315 BGB zu verlangen, ist auch über von der Beklagten bis zum 31. Dezember 2004 geforderte - gegenüber dem bei Vertragsschluss geltenden allgemeinen Tarif erhöhte - Preise konkludent (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AVBGasV) eine vertragliche Einigung der Parteien zustande gekommen (vgl. BGHZ 172, 315, Tz. 36).

17 bb) Für eine Billigkeitskontrolle der von den Parteien bei Vertragsschluss oder später vereinbarten Preise in entsprechender Anwendung von § 315 BGB wegen einer Monopolstellung der Beklagten ist kein Raum (BGHZ 172, 315, Tz. 33 ff.). Daran hält der Senat im Ergebnis fest.

18 Allerdings stand dem Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in dem Zeitraum, auf den sich die Widerklage bezieht, ein anderer Gasanbieter nicht zur Verfügung. Die Beklagte war deshalb auf dem für die kartellrechtliche Beurteilung sachlich und räumlich relevanten Gasversorgungsmarkt marktbeherrschend (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2008 - KZR 2/07, WuW/E DE-R 2295 - Erdgassondervertrag, Tz. 12, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; BGHZ 151, 274, 282 - Fernwärme für Börnsen). Gleichwohl ist eine entsprechende Anwendung des § 315 BGB nach der zu dieser Vorschrift entwickelten "Monopolrechtsprechung" (vgl. BGHZ 172, 315, Tz. 33 m.w.N.) nicht gerechtfertigt. Einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle von allgemeinen Tarifen (Preisen) eines Gasversorgungsunternehmens im Sinne von § 10 EnWG 1998 (§ 36 EnWG 2005), § 4 Abs. 1 AVBGasV in analoger Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB steht entgegen, dass sie der Intention des Gesetzgebers zuwider liefe, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung dieser Tarife wiederholt abgelehnt hat. Auch bei der gerichtlichen Kontrolle der Billigkeit der Tariffestsetzung fände für das betroffene Gasversorgungsunternehmen eine Preisregulierung statt, wenn der Tarif nach Auffassung des Gerichts unbillig überhöht und deshalb durch Urteil zu bestimmen wäre.

19 (1) Schon bei Erlass der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Gas vom 10. Februar 1959 (Bundestarifordnung Gas, BGBl. I S. 46, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730) hat der Gesetzgeber bewusst die Entscheidung getroffen, die allgemeinen Tarife der Gasversor-

ger - anders als diejenigen der Stromwirtschaft - keiner behördlichen Genehmigung mehr zu unterwerfen (BGHZ 172, 315, Tz. 34). Er hielt die Aufrechterhaltung von Preisbindungsvorschriften für Gas in einer nach den Grundsätzen des Wettbewerbs ausgerichteten sozialen Marktwirtschaft für systemwidrig (Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand Juni 2000, Präambel BTO Gas Anm. II 1), weil er davon ausging, dass Gas anders als Strom insofern in einem (Substitutions-)Wettbewerb steht, als Gasversorgungsunternehmen mit den Anbietern anderer Heizsysteme und Heizenergieträger um Neukunden konkurrieren, die erstmals oder im Rahmen einer Renovierungsmaßnahme vor der Entscheidung über die Art der Beheizung ihres Gebäudes stehen.

20 (2) Bei der Deregulierung und Liberalisierung der Energiewirtschaft durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (aaO) hat der Gesetzgeber zwar die Monopolstellung der Unternehmen der Strom- und Gaswirtschaft als Ursache für zu hohe Strom- und Gaspreise angeführt (BT-Drs. 13/7274, S. 1). Er hat ferner angenommen, dass es auch nach der Energierechtsreform jedenfalls für einen Großteil der Abnehmer bei einer faktischen Monopolstellung der Energieversorgungsunternehmen bleiben werde. Ein Gegengewicht dazu hat er jedoch in der näheren Ausgestaltung der Anschluss- und Versorgungspflicht für solche Unternehmen durch § 10 Abs. 1 EnWG 1998 gesehen (BT-Drs. 13/7274, S. 16). Wegen der danach gebotenen Festsetzung von allgemeinen Tarifen ist es den Gasversorgungsunternehmen verwehrt, von Neukunden höhere Preise zu verlangen als von Bestandskunden, denen gegenüber sie bei Ausübung ihres in § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV enthaltenen Tarifänderungsrechts an den Maßstab der Billigkeit gebunden sind (BGHZ 172, 315 Tz. 16 f.). Im Übrigen hat der Gesetzgeber ausdrücklich daran festgehalten, dass ein deutlicher Unterschied zwischen Strom und Gas bestehe, weil Strom regelmäßig nicht zu ersetzen sei, Gas dagegen überwiegend im

Substitutionswettbewerb insbesondere zu Öl, aber auch zum Beispiel zu Fernwärme, Strom und Wärmepumpen stehe (BT-Drs. 13/7274, S. 9, 16).

21 (3) Seine Entscheidung, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Gas und (nach dem am 1. Juli 2007 erfolgten Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrizität durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970, 2018) auch für Strom abzusehen, hat der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966) bestätigt. Zwar hat er Defizite bei der Entwicklung funktionierender Wettbewerbsmärkte insbesondere im Haushaltskundengeschäft mit Gas festgestellt (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5847, S. 9). Als Konsequenz hat er jedoch lediglich durch Einführung von § 29 GWB das kartellrechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise - zeitlich befristet (vgl. § 131 Abs. 7 GWB) - verschärft. Dagegen hat er sich ausdrücklich gegen eine Preisregulierung gewandt (ebenda).

22 Diese legislative Einschätzung kann bei der Frage, ob die allgemeinen Tarife (Preise) von Gasversorgungsunternehmen im Sinne von § 10 EnWG 1998 (§ 36 EnWG 2005), § 4 Abs. 1 AVBGasV wegen einer Monopolstellung des Anbieters in entsprechender Anwendung von § 315 BGB einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind, nicht unberücksichtigt bleiben. Es kann ausgeschlossen werden, dass sie auf der Annahme beruht, es finde jedenfalls eine solche Kontrolle statt; denn der Senat hatte eine umfassende Billigkeitskontrolle der allgemeinen Tarife von Gasversorgern durch die Gerichte mit seiner Entscheidung vom 13. Juni 2007 (BGHZ 172, 315) bereits vor dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens abgelehnt.

23 Zudem hat der Gesetzgeber auch im Übrigen die Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle reduziert. Die in § 29 Nr. 1 GWB in der Fassung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 16/5847, S. 5) vorgesehene Darlegungs- und Beweislast der Energieversorgungsunternehmen dafür, dass im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind, ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Verfahren vor den Kartellbehörden beschränkt worden, um eine von den Energieversorgern befürchtete Prozessflut bei den Zivilgerichten zu verhindern (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 14. November 2007, BT-Drs. 16/7156, S. 9 f.; BT-Plenarprotokoll 16/126 vom 15. November 2007, S. 13169 f.). Der Anwendungsbereich der Vorschrift, die in ihrer ursprünglichen Fassung zu einer deutlichen Aufwertung der zivilrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Kunden gegenüber der Preisgestaltung von Gasversorgungsunternehmen hätte führen können, ist ausdrücklich so eingeschränkt worden, dass sie keine Grundlage für zivilrechtliche Auseinandersetzungen mehr bieten sollte (vgl. BT-Plenarprotokoll 16/126, S. 13170). Angesichts der erklärten Absicht des Gesetzgebers, überhöhte Preise im Bereich der Versorgung mit Gas und Strom ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, sind die Zivilgerichte zu einer entsprechender Anwendung von § 315 BGB und einer darauf gestützten umfassenden Billigkeitskontrolle allgemeiner Tarife von Gasversorgungsunternehmen nicht legitimiert (vgl. BVerfGE 82, 6, 12 f.).

24 b) Der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB entzogen ist der Preissockel, der durch den vertraglich vereinbarten Preis bis zum 31. Dezember 2004 gebildet wird, auch dann, wenn der Kläger - wie die Revisionserwiderung geltend macht - schon mit seiner Klage und sodann auch gegenüber der Widerklage den bzw. die Tarife ab dem 1. Januar 2005 jeweils insgesamt als unbillig bean-

standet. Hat der Abnehmer den zuvor maßgeblichen Preis im Wege einer vertraglichen Vereinbarung akzeptiert, kann er gegenüber dem neuen Tarif nicht einwenden, schon der alte Preis sei unbillig überhöht gewesen. Denn mit dem in dem alten Preis zum Ausdruck kommenden Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hat er sich im Wege einer Vertragserklärung einverstanden erklärt.

25 Einseitig festgesetzt wird von dem Gasversorger dann nur der Erhöhungsbetrag. Eine Erhöhung des Gaspreises widerspricht nicht schon deshalb der Billigkeit, weil das Versorgungsunternehmen mit ihr anstrebt, eine Gewinnschmälerung zu vermeiden. Die durch § 315 BGB angeordnete Überprüfung der Billigkeit einer einseitigen Preiserhöhung durch eine Vertragspartei im laufenden Vertragsverhältnis dient - anders als die hier ausgeschlossene Billigkeitskontrolle des Anfangspreises in entsprechender Anwendung von § 315 BGB (siehe oben unter a bb) - nicht dazu, die Kalkulation der zuvor mit der anderen Partei vereinbarten Preise daraufhin zu kontrollieren, welche Gewinnspanne darin enthalten ist und ob diese billigem Ermessen entspricht. Die Billigkeitskontrolle einer Preiserhöhung darf nicht dazu benutzt werden, in das bisher bestehende Preisgefüge einzugreifen und einen ursprünglich für den Lieferanten besonders vorteilhaften Vertrag in einen Vertrag mit einem anderen Interessenausgleich zu verwandeln (Dreher, ZNER 2007, 103, 107). Die Preisanpassung muss das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren, das heißt, der Lieferant darf sie nicht vornehmen, um einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen; sie widerspricht aber nicht schon deshalb billigem Ermessen, weil sie dazu dient, eine Minderung des Gewinns zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2008, aaO, Tz. 18).

26 2. Der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterworfen sind, wie der Senat bereits entschieden hat (BGHZ 172, 315, Tz. 13 ff.), die Preiserhöhungen

des Gasversorgers. Dies sind hier die Preiserhöhungen der Beklagten ab dem 1. Januar 2005, auf denen die Jahresabrechnung der Beklagten für 2005 und die von ihr für 2006 geforderten Abschlagszahlungen beruhen. Durch die Tariferhöhungen im Jahr 2005 und zu Beginn des Jahres 2006 hat die Beklagte von einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch gemacht, das ihr durch § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV eingeräumt ist. Die Ausübung des sich aus diesen Vorschriften von Gesetzes wegen ergebenden Leistungsbestimmungsrechts unterliegt der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ebenso wie eine einseitige Leistungsbestimmung auf vertraglicher Grundlage (BGHZ 172, 315, Tz. 14 ff.).

27 Eine Vereinbarung der Parteien über die von der Beklagten für die Zeit ab dem 1. Januar 2005 geforderten Preise, die die Billigkeitskontrolle ausschließen würde (siehe oben unter 1), ist nicht zustande gekommen. Denn der Kläger hat die Preiserhöhung der Beklagten zum 1. Januar 2005 bereits im Laufe des Jahres 2005 beanstandet und durch seine Weigerung, die Jahresrechnung 2005 auszugleichen und die für 2006 von der Beklagten geforderten Abschlagszahlungen zu leisten, soweit diese die bis zum 31. Januar 2004 vereinbarten Preise einschließlich eines Aufschlags von 2 % überschreiten, deutlich gemacht, dass er ungeachtet des weiteren Gasbezugs die erhöhten Preise ab dem 1. Januar 2005 nicht akzeptiert.

28 3. Die tatrichterlichen Ausführungen zur Anwendung von § 315 BGB im konkreten Fall können vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt, ob es die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat und ob es von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgegangen ist, der ihm den Zugang zu einer fehlerfreien Ermessensentscheidung versperrt hat (BGHZ

172, 315, Tz. 20). Das ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat zwar die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Preiserhöhungen für die Zeit nach dem 31. Dezember 2004, die in die Jahresrechnung 2005 und die Berechnung der Abschlagszahlungen für 2006 eingeflossen sind, der Billigkeit entsprechen, zutreffend der Beklagten als derjenigen auferlegt, die die Leistungsbestimmung gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu treffen hat (Senatsurteil vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131, unter II 2 a; BGHZ 164, 336, 343 - Stromnetznutzungsentgelt; BGH, Urteil vom 4. März 2008 - KZR 29/06, WuW/E DE-R 2279 - Stromnetznutzungsentgelt III, Tz. 27). Es hat jedoch die Anforderungen an eine schlüssige Darlegung der Billigkeit dieser Preiserhöhungen rechtsfehlerhaft überspannt.

29 a) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Darlegungen der Beklagten zur Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen auf den Gesamtarbeitspreis ab dem 1. Januar 2005 in Höhe von 3,56 Cent/kWh beziehen müssten. Wie ausgeführt (oben unter 1), ist der bis zum 31. Dezember 2004 geltende Sockelbetrag einer Billigkeitskontrolle entzogen, weil dieser Preis von der Beklagten nicht einseitig bestimmt, sondern zwischen den Parteien vereinbart worden ist. Darauf, ob die vor der Preiserhöhung zum 1. Januar 2005 geltenden Preise im Falle einseitiger Festsetzung durch die Beklagte unbillig überhöht gewesen wären, kommt es deshalb für die Frage der Billigkeit der Preiserhöhungen ab dem 1. Januar 2005 nicht an.

30 b) Vielmehr ist nur die Preiserhöhung als solche auf ihre Billigkeit hin zu überprüfen und ist die Billigkeit bei einer bloßen Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten, wie sie die Beklagte hier geltend macht, grundsätzlich zu bejahen. Durch Preiserhöhungen wegen gestiegener Bezugskosten nimmt das Gasversorgungsunternehmen sein berechtigtes Interesse wahr, Kostensteigerungen während der - unbestimmten (vgl. § 32 AVBGasV) - Vertragslaufzeit an

die Kunden weiterzugeben. § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV beruht insoweit auf den gleichen Erwägungen, mit denen die Wirksamkeit von in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Kostenelementeklauseln begründet wird. Für diese ist anerkannt, dass sie ein geeignetes und zulässiges Instrument zur Bewahrung des vereinbarten Gleichgewichts von Preis und Leistung darstellen. Sie dienen dazu, dem Verwender seine Gewinnspanne trotz nachträglicher, ihn belastender Kostensteigerungen zu sichern, und bewahren zugleich den Vertragspartner davor, dass der Verwender mögliche künftige Kostensteigerungen bereits bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht (BGHZ 172, 315, Tz. 21 f.; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - III ZR 63/07, WM 2007, 2202 = NJW-RR 2008, 134, Tz. 19).

31 Die Beklagte hat für den maßgeblichen Zeitraum Bezugskostensteigerungen, die höher sind als ihre Preissteigerungen gegenüber dem Kläger, schlüssig dargelegt und in zulässiger Weise unter Beweis gestellt. Dafür bedarf es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht notwendig der Vorlage der Bezugsverträge der Beklagten.

32 aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines geltend gemachten Anspruchs ist schlüssig und damit als Prozessstoff erheblich, wenn der Anspruchsteller Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in seiner Person entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Das Gericht muss in der Lage sein, auf Grund des tatsächlichen Vorbringens zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs vorliegen. Der Sachvortrag bedarf im Hinblick auf die Erwiderung des Gegners nur dann der Ergänzung, wenn er infolge dieser Einlassung unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten

Rechts zulässt. Eine Beweisaufnahme zu einem bestrittenen erheblichen Vorbringen darf nicht abgelehnt werden, wenn die Behauptung konkret genug ist, um eine Stellungnahme des Gegners zu ermöglichen und die Erheblichkeit des Vorbringens zu beurteilen (BGH, Urteil vom 20. September 2002 - V ZR 170/01, NJW-RR 2003, 69, unter II 2 a; Senatsurteil vom 12. Januar 2000 - VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413 = WM 2000, 877, unter II 2 a).

33 Für den Umfang der Darlegungslast ist der Grad der Wahrscheinlichkeit der Sachverhaltsschilderung ohne Bedeutung. Insbesondere ist es rechtsfehlerhaft, bereits für die Beurteilung einer hinreichenden Substantiierung des Sachvortrags das Beweismaß zugrunde zu legen, das nach § 286 ZPO für die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung entscheidend ist (BGH, Urteil vom 20. September 2002, aaO, unter II 2 a und b bb).

34 bb) Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte mit ihrem von der Revision angeführten Sachvortrag in der Klageerwiderung und im Schriftsatz vom 28. April 2006 den Anforderungen an eine schlüssige Darlegung einer Bezugskostensteigerung als Grundlage einer im Sinne von § 315 BGB billigem Ermessen entsprechenden Preiserhöhung genügt.

35 Die Beklagte hat behauptet, ihr Bezugsvertrag mit der Vorlieferantin R. AG enthalte drei Preisänderungsklauseln, die an den Preis für leichtes Heizöl und an den Investitionsgüterproduzenten-Index geknüpft seien. Aufgrund dieser Preisänderungsklauseln sei ihr Bezugspreis seit Beginn des Jahres 2004 unter Einschluss einer Preiserhöhung zum 1. Januar 2005 um insgesamt 0,572 Cent/kWh gestiegen. Die Preissteigerung 2005 habe - beginnend mit der Preiserhöhung zum 1. Januar 2005 - insgesamt 0,7770 Cent/kWh betragen. Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, dass die von der Beklagten behauptete Bezugspreiserhöhung um 0,351 Cent/kWh zum Stichtag

1. Januar 2005 in beiden Angaben enthalten ist, ergibt sich daraus noch eine Bezugskostensteigerung zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 31. Dezember 2005 um insgesamt 0,998 Cent/kWh, während die Beklagte den Arbeitspreis für den Kläger in dieser Zeit lediglich um 0,96 Cent/kWh (von 3,05 Cent/kWh auf 4,01 Cent/kWh) angehoben hat. Zur Substantiierung ihres Vortrags hat die Beklagte ein diesen jedenfalls teilweise bestätigendes Testat einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt.

36 Auf die absolute Höhe der von dem Energieversorgungsunternehmen mit seinem Vorlieferanten vereinbarten und von ihm gezahlten Bezugspreise kommt es für das Vorliegen einer Bezugskostensteigerung in einem bestimmten Zeitraum und für die sich daran anknüpfende Beurteilung der Billigkeit einer Preiserhöhung gegenüber dem Abnehmer nach § 315 BGB nicht unmittelbar an. Ob der von dem Kläger vor der Preiserhöhung gezahlte Preis mit Rücksicht auf den Bezugspreis der Beklagten unbillig überhöht gewesen wäre, wenn er von dieser einseitig festgesetzt worden wäre, ist - wie ausgeführt (siehe oben unter 1) - unerheblich, weil dieser mit dem Kläger vertraglich vereinbart worden ist. Ob die Preisänderungsklausel im Vorlieferantenverhältnis richtig angewandt, das heißt, die Bezugskostensteigerung danach zutreffend berechnet worden ist, ist keine Rechtsfrage, für deren Beantwortung der Tatrichter die Ausgangspreise kennen und die Preisänderungsklausel selbst auslegen und anwenden müsste, sondern eine tatsächliche Frage, die er im Wege der Beweisaufnahme klären kann.

37 cc) Die Beklagte hat Beweis für die dargelegte Bezugskostensteigerung in erster Linie durch die Aussage von (sachverständigen) Zeugen angetreten. Dabei handelt es sich, anders als das Berufungsgericht meint, nicht um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis. Ein solcher liegt nur vor, wenn eine Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts

willkürlich und rechtsmissbräuchlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - III ZR 176/06, NJW 2007, 2043, Tz. 15) oder mit einem Beweisantrag darauf abzielt, bei Gelegenheit der beantragten Beweisaufnahme Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die genaueres Vorbringen oder die Benennung weiterer Beweismittel erst ermöglichen (Senatsurteil vom 26. Mai 1999 - VIII ZR 123/98, WM 1999, 1986, unter II 4 c). Weder das eine noch das andere trifft auf den Sachvortrag der Beklagten und die von ihr angebotenen Beweismittel zu.

38 Der Tatrichter darf von der Erhebung zulässiger und rechtzeitig angetretener Beweise nur absehen, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder die Richtigkeit der unter Beweis gestellten Tatsache bereits erwiesen oder zugunsten der beweisbelasteten Partei zu unterstellen ist (st. Rspr., BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 199/03, WM 2005, 1847, unter II 2 c, m.w.N.). Dafür, dass die von der Beklagten benannten Zeugen zu den in ihr Wissen gestellten Tatsachen keine geeigneten Bekundungen bezüglich der einzelnen Tätigkeiten des Beklagten machen könnten, gibt es keine Anhaltspunkte. Die Prozessordnung stellt es dem Beweisführer auch frei, ob und in welcher Reihenfolge er die in Betracht kommenden Beweismittel anbietet; er kann anstelle des Beweisantritts durch Urkunden, wie hier etwa durch die Bezugsverträge, zunächst oder vorrangig den Zeugenbeweis wählen (Urteil vom 25. Juli 2005, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Mai 2002 - I ZR 28/00, NJW-RR 2002, 1433, unter II B 2 b (2)).

39 c) Eine auf eine Bezugskostensteigerung gestützte Preiserhöhung kann allerdings - wie die Revisionserwiderung zu Recht einwendet - unbillig sein, wenn und soweit der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGHZ 172, 315, Tz. 26). Unter diesem Gesichtspunkt müssen jedenfalls die Kostenbestandteile des Preissockels in die Beurteilung der

Billigkeit der Preiserhöhung einbezogen werden, auch wenn dieser in seiner Gesamtheit, wie ausgeführt (oben unter 1), einer Billigkeitskontrolle entzogen ist (vgl. Dreher, ZNER 2007, 103, 107). Nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen und ebenfalls durch (sachverständige) Zeugen unter Beweis gestellten Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 28. April 2006 haben sich jedoch die Vertriebskosten in der Sparte Gas (ohne Bezugskosten) in dem maßgeblichen Berechnungszeitraum nicht nennenswert verändert und konnten die Erhöhungen auf der Beschaffungsseite nicht durch anderweitige Kostensenkungen kompensiert werden. Insofern gilt das für die Schlüssigkeit des Vorbringens der Beklagten zu der Bezugskostensteigerung (oben unter b) Ausgeführte entsprechend.

40 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung kann es für die Billigkeit einer Gaspreiserhöhung nicht darauf ankommen, ob die Beklagte die Steigerung der Gasbezugskosten durch zurückgehende Kosten in anderen Unternehmensbereichen hätte auffangen können. Die Beklagte ist nicht zur Quersubventionierung der Gassparte verpflichtet. Die Frage, wie ein Unternehmen seine in dem einen Geschäftsbereich erzielten Gewinne verwendet, ist eine Entscheidung, die im Ermessen des Unternehmers liegt und der für die Billigkeit einer Preiserhöhung in einem anderen Geschäftsbereich keine Bedeutung zukommt (LG Bonn, ZNER 2006, 274, 278 = RdE 2007, 84, 89, Revision anhängig unter VIII ZR 274/06). Der Abnehmer von Gas hat insbesondere keinen Anspruch darauf, dass ein regionaler Versorger wie die Beklagte Kostensenkungen etwa bei der Strom-, Wasser oder Fernwärmeversorgung gerade zur Entlastung der Gaskunden verwendet, was auch zur Folge hätte, dass dieses Potential zugunsten der Kunden der betroffenen Unternehmenssparten nicht mehr zur Verfügung stünde.

41 d) Die Revision rügt weiter zu Recht, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Beklagte müsse vortragen, was sie unternommen habe, um günstigere Preise bei Lieferanten zu erreichen, ihre Behauptung, sie habe sich der Ölpreisbindung nicht entziehen können, sei zumindest unsubstantiiert.

42 aa) Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden hat, kann die nur für das Vertragsverhältnis zwischen der die Leistung bestimmenden und der dieser Bestimmung unterworfenen Partei geltende Regelung des § 315 BGB nicht herangezogen werden, um auch die auf einer vorgelagerten Stufe der Lieferkette vereinbarten Preise einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen (BGHZ 172, 315, Tz. 27).

43 bb) Das schließt allerdings nicht aus, dass jedenfalls die Weitergabe solcher Kostensteigerungen im Verhältnis zum Abnehmer als unbillig anzusehen ist, die der Versorger auch unter Berücksichtigung des ihm zuzubilligenden unternehmerischen Entscheidungsspielraums ohne die Möglichkeit einer Preiserhöhung aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte. Das Recht zur Preiserhöhung nach § 4 AVBGasV kann, wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht, angesichts der sich aus § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 EnWG ergebenden Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens zu einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas nicht dazu dienen, dass es zu beliebigen Preisen einkauft, ohne günstigere Beschaffungsalternativen zu prüfen (Markert, RdE 2007, 263, 265; Säcker, ZNER 2007, 114, 115), und im Verhältnis zu seinem Vorlieferanten Preisanpassungsklauseln und -steigerungen akzeptiert, die über das hinausgehen, was zur Anpassung an den Markt und die Marktentwicklung im Vorlieferantenverhältnis erforderlich ist (vgl. zu einer entsprechenden Einschränkung des

Änderungsrechts von Banken bei Zinsänderungsklauseln in Kreditverträgen BGHZ 97, 212, 217 ff., 222; 158, 149, 155).

44 Dafür, dass es sich bei den von der Beklagten geltend gemachten Bezugskostensteigerungen um im vorgenannten Sinne "unnötige" Kosten handelt, die die Beklagte durch eine Preissteigerung auffangen möchte, ergeben sich aus dem Parteivortrag keine Anhaltspunkte. Wenn sich die Beklagte, wie sie vorträgt, der Ölpreisbindung nicht entziehen konnte, weil es sich dabei um eine internationale Branchenvereinbarung handele, die sowohl in den Importverträgen zwischen den Erdgasproduzenten und den deutschen Importeuren als auch in den Lieferverträgen zwischen den Importeuren und den regionalen Gasversorgern wie der Beklagten enthalten sei, auf die ein regionales Gasversorgungsunternehmen wegen geringer Nachfragemacht wenig Einfluss nehmen könne (so die Beklagte in der vom Kläger vorgelegten Pressemitteilung vom 9. März 2005 zur Begründung ihrer Gaspreiserhöhung zum 1. Januar 2005), scheidet die Möglichkeit eines Gasbezugs ohne eine solche Preisbindung als günstigere Beschaffungsalternative aus (Markert, aaO). Ob die Ölpreisbindung in dem Vorlieferantenverhältnis korrekt umgesetzt worden ist, die Beklagte die von ihr geltende gemachte Preiserhöhung durch den oder die Vorlieferanten nach den Bezugsverträgen also tatsächlich schuldete, wird im Rahmen der Beweisaufnahme über die von der Beklagten behauptete Bezugskostensteigerung zu klären sein.

45 e) Es ist offen, ob die von der Beklagten angebotene Beweisführung durch (sachverständige) Zeugen ausreichen wird, um die Überzeugung des Tatrichters von einer Bezugskostensteigerung ohne gleichzeitigen Rückgang sonstiger Kosten der Gasversorgung in dem von der Beklagten behaupteten Umfang zu begründen (§ 286 ZPO). Auf der Grundlage des derzeitigen Sach- und Streitstands bedarf es deshalb keiner Entscheidung, ob die Beklagte ge-

eigneten Beweis für eine (Bezugs-)Kostensteigerung auch durch das von ihr darüber hinaus vorsorglich beantragte Sachverständigengutachten angetreten hat, bei dessen Erstattung sie dem Sachverständigen gegenüber ihre Kalkulation der Gaspreise offen legen, den Sachverständigen aber dem Kläger und Dritten gegenüber zur Verschwiegenheit hinsichtlich solcher Daten verpflichten möchte, an denen sie ein nach Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Geheimhaltungsinteresse in Anspruch nimmt, wie insbesondere an ihren Gaseinkaufspreisen.

46 Sollte es im weiteren Verlauf des Rechtsstreits darauf ankommen, rügt die Revision allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht ohne Weiteres davon ausgeht, die Beklagte müsse im Rechtsstreit uneingeschränkt ihre gesamte Kalkulation offen legen. Insofern lässt das angefochtene Urteil eine Klärung der Frage vermissen, bezüglich welcher Daten im Einzelnen ein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Interesse der Beklagten an der Geheimhaltung dem Gericht, einem Sachverständigen, dem Kläger oder der Öffentlichkeit gegenüber besteht und inwiefern für die Beweisführung - auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse der beantragten Zeugenvernehmung - gerade solche geschützten Daten einem Sachverständigen zugänglich gemacht werden müssten. Dafür bedarf es gegebenenfalls weiteren substantiierten Sachvortrags der Beklagten dazu, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse sie welche Nachteile zu befürchten hätte. Es ist jedoch rechtsfehlerhaft, jegliches Geheimhaltungsinteresse der Beklagten von vornherein mit der Begründung zu verneinen, dass eine vergleichbare umfassende Offenlegungspflicht alle Versorgungsunternehmen treffe. Eine etwaige Grundrechtsrelevanz des Verlangens nach Offenlegung der gesamten Kalkulation auf Seiten der Beklagten wird nicht dadurch beseitigt, dass alle Energieversorgungsunternehmen gleichermaßen zur Offenlegung grundrechtlich geschützter Daten verpflichtet werden, zumal diese Verpflichtung nur von solchen Versorgungsunternehmen zu erfüllen wäre, deren

Kunden wie der Kläger eine gerichtliche Billigkeitskontrolle der Preise bzw. Preiserhöhungen nach § 315 BGB begehren.

47 Unterstellt, die Beklagte müsste im Rahmen der Beweiserhebung Daten offen legen, an denen sie ein verfassungsrechtlich geschütztes Geheimhaltungsinteresse hat, bedürfte es sodann einer - auch im Rahmen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB erforderlichen - Abwägung zwischen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes und dem verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (BVerfGE 101, 106, 128 ff.; 115, 205, 232 ff.; BVerfG, Beschluss vom 28. Dezember 1999 - 1 BvR 2203/98, VersR 2000, 214, 215; Senatsurteil vom 18. Juli 2007 - VIII ZR 236/05, WM 2007, 1901, Tz. 28 ff.; BGHZ 116, 47, 58), die auf einen weitestgehenden Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern gerichtet sein muss. Dabei ist zunächst eine Inanspruchnahme der prozessualen Möglichkeiten des Ausschlusses der Öffentlichkeit und der - strafbewehrten (§ 353d Nr. 2 StGB) - Verpflichtung der Prozessbeteiligten zur Geheimhaltung nach § 172 Nr. 2, § 173 Abs. 2, § 174 Abs. 3 Satz 1 GVG in Betracht zu ziehen. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein solches Vorgehen geeignet ist, den Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu gewährleisten, insbesondere, weil es sich bei der Gegenpartei nicht um einen Wettbewerber der Beklagten, sondern um einen Kunden handelt und folglich nicht schon die Bekanntgabe der Geheimnisse selbst eine Geheimnisverletzung zur Folge hätte.

48 f) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, sie fordere im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen im Erdgasbereich (unter-)durchschnittliche Preise, als unerheblich angesehen. Dabei kann offen bleiben, ob die Billigkeitskontrolle einer einseitigen Preiserhöhung nach § 315 BGB überhaupt auf der Basis eines Vergleichs mit den Gaspreisen anderer Versorgungsunternehmen erfolgen kann (offen gelassen auch in BGHZ 172,

315, Tz. 21). Im vorliegenden Fall fehlt es jedenfalls an geeigneten Vergleichspreisen.

49 Ein Marktpreis auf dem regionalen Gasversorgungsmarkt, den die Beklagte bedient, scheidet als Vergleichsmaßstab von vornherein aus, weil die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in dem hier maßgeblichen Zeitraum die alleinige Anbieterin von leitungsgebundenem Erdgas war. Auch eine Beurteilung der Billigkeit der Preiserhöhung der Beklagten unter Heranziehung des Vergleichsmarktkonzeptes im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbs. 2 GWB (vgl. dazu Dreher, ZNER 2007, 103, 110) kommt nach dem Vorbringen der Beklagten nicht in Betracht. Zum Vergleich herangezogen werden können nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbs. 2 GWB grundsätzlich nur die Preise von Gasversorgungsunternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb. Dazu hat die Beklagte nichts vorgetragen.

50 Selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellen wollte, dass bei Störung des Wettbewerbs auf dem Gasversorgungsmarkt auch ein Monopolunternehmen zum Vergleich herangezogen werden könnte, sofern dabei den mit monopolistischen Strukturen verbundenen Preisüberhöhungstendenzen wirksam begegnet würde (vgl. BGHZ 163, 282, 289 ff. - Stadtwerke Mainz), müsste jedenfalls der Raum, in dem das Vergleichsunternehmen tätig ist, ebenso strukturiert sein wie das Gebiet, in dem die Beklagte ihre Leistungen erbringt. Andernfalls müsste die Vergleichbarkeit der Preise für unterschiedlich strukturierte Gebiete durch Zu- und Abschläge auf die Referenzpreise hergestellt werden. Zu ermitteln wäre der Preis, den das zum Vergleich herangezogene Unternehmen in Rechnung stellen müsste, wenn es an Stelle des betroffenen Energieversorgungsunternehmens tätig würde (BGHZ aaO, 292 f.).

51 Dazu lässt sich dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten, die im Rahmen von § 315 BGB - wie ausgeführt (oben unter 3) - die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit ihrer Preiserhöhung trägt, nichts entnehmen. Sie hat lediglich allgemein behauptet, dass sie mit ihren Gaspreisen im Durchschnitt der Preise vergleichbarer umliegender Gasversorgungsunternehmen liege und auch im bundesweiten Preisvergleich eine günstige Stellung einnehme. Ihr Arbeitspreis in der für den Kläger relevanten Gruppe Heizgasvollversorgung liege weit überwiegend unter den entsprechenden Preisen vergleichbarer Gasversorgungsunternehmen ihrer Umgebung. Bundesweit gehöre sie zu den günstigsten Anbietern. Dabei hat die Beklagte die von ihr zum Vergleich herangezogenen anderen Gasversorger zwar namentlich bezeichnet. Es fehlt jedoch jeglicher Vortrag dazu, inwiefern diese Versorgungsunternehmen mit der Beklagten und insbesondere die Räume, in denen diese ihre Leistungen anbieten, mit dem von der Beklagten versorgten Gebiet vergleichbar sind.

III.

52 Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da es weiterer tatsächlicher Feststellungen zur Erhöhung des Bezugspreises für die Beklagte und zur Entwicklung ihrer

sonstigen Kosten der Gasversorgung bedarf, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Frellesen Hermanns

Dr. Milger Dr. Achilles

Vorinstanzen:
AG Dinslaken, Entscheidung vom 13.07.2006 - 31 C 295/05 -
LG Duisburg, Entscheidung vom 10.05.2007 - 5 S 76/06 -